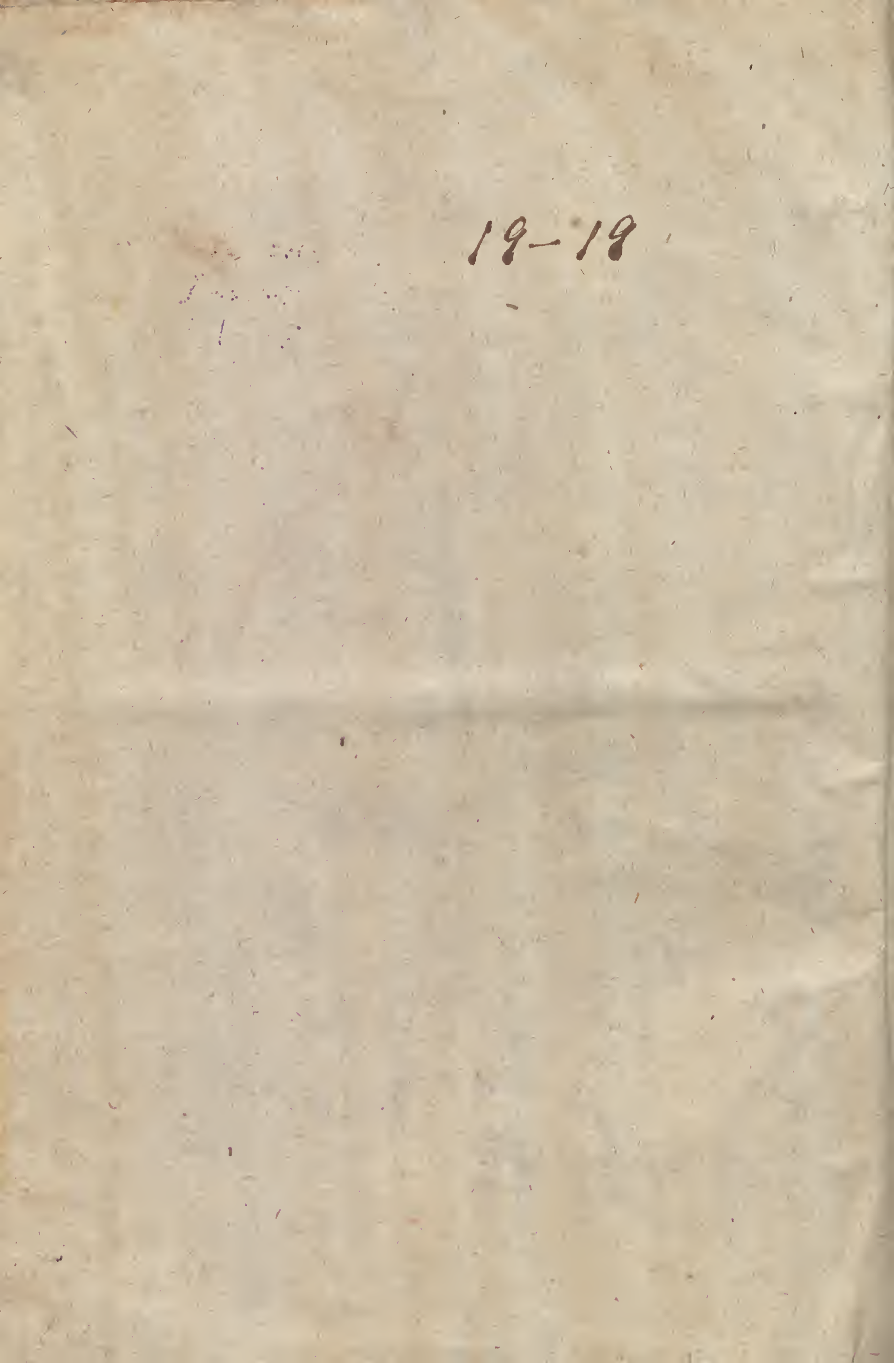
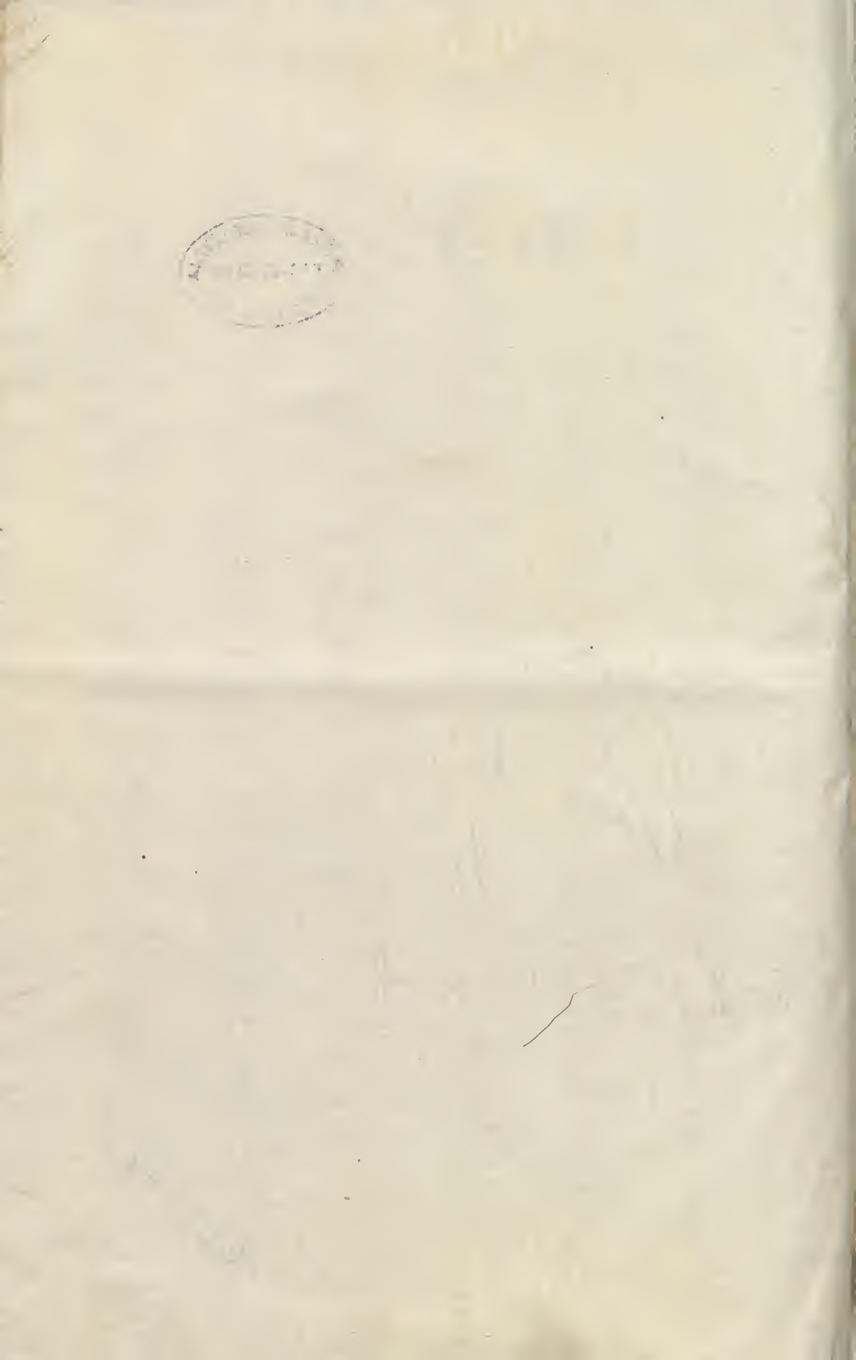

Ent. 18 Lit. B
F.D.
105






19-19


FACULTAD DE



INDICE

De los Papeles recogidos en este Tomo 20 - y sus asumptos &c.


G.D
Retrato del Ven.e Padre FERNANDO
de CONTRERAS Capellan del Choro de la S.ta
Patriarchal Ygl.a de Sevilla, Collegial del mayor
de S.n Ildefonso Vniu.d de Alcala, Obispo electo de
Guadix, y Redemptor de Cautivos; Nacio en Se-
-villa año de 1470. y murio el de 1548. està Sepul-
-tado en Lugar maravilloſſamente destinado
delante del Choro de dha S.ta Ygl.a
J. Bouche

1



POR

DON IOSEPH DE SAAVEDRA, Marques de Ribas.

CON

Doña Teresa Maria Arias de Saauedra, Marquesa de Malagon.

SOBRE

El Condado de Castellar.

1 QVANDO se viò este pleito en el Articulo de sequestro, se dieron vnos apuntamientos, en que con mucha breuedad se diò à entender la clara justicia que tiene el Marques, para que no solo se confirme la sentencia del Teniente de Seuilla, en quanto à la possesion que le mandò dàr, del dicho Estado, sino que tambien se declare, pertenecerle la sucession del: porque aunque se ha dudado, si ante el dicho Teniente de Seuilla estaua introduzido el juyzio de la propiedad, no es dudable que lo està en el Consejo.

2 Y aunque no se necessitaua de escriuir mas de lo q̃ entonces se escriuiò: porque la justicia del Marques es tan notoria, à nuestro entender, que con solo leer las clausulas de la fundacion se manifiesta. Sin embargo cõ la misma breuedad que entonces se discurrirà sobre ella, satisfaciendo à lo que el dia de la vista del pleito tocò el Abogado contrario.

3 Nunca hemos dicho, ni dudado, que si estuuieramos en terminos de vn mayorazgo regular, le assistian a la Marquesa todas las reglas para ser preferida al Marques de Ribas su tio, y que en tal caso procedia la regla del *cap. 1. §. inter filiam si de feudo defuncti fuerit controuer.* y de la *l. 2. tit. 15. par. 2.* y la doctrina del *señor Molina lib. 3. cap. 4. ex num. 32. vsque ad 42.*

4 Pero el mayorazgo sobre que se litiga, no es mayorazgo regular, sino irregular, y en que por las clausulas de la fundacion consta expressamente, que los Fundadores no quisieron se sucediesse con las reglas ordinarias, ni que pudiesse suceder hembra, aunque fuesse de mejor linea, en competencia de qualquier varon que sea descẽdiente de Fernando Arias, hijo de los Fundadores, y primer llamado: y assi assistiendo à la pretension del Marques la voluntad expressa de los Fundadores; èl es, y no

la

sa parte contraria quien puede dezir, que tiene por si las reglas, pues la que precisamente se debe obseruar, es la voluntad del Fundador, *l. cum ita, §. in fideicommisso, ff. de leg. 2.* ibi: *Nisi testator ad vlteriores voluntatem suam extenderit*; *l. 40. Tauri*, ibi: *Saluo si otra cosa estuuiere dispuesta por el que fundò primeramente el mayorazgo*; *authen. de restit. fideicom.* ibi: *Subtilius testamentum considerantes in verbis eius inuenimus*; *& in §. nos igitur*, ibi: *Non qui à lege, sed qui à testatore anteponitur præferendus est*; *l. ad probationem, C. de probat.* ibi: *Quem tenor scripturæ demonstrat*; *Cephalus cõs. 251. num. 20. & 21. lib. 3.* vbi dicit: *Tenorem inuestituræ potius esse inspiciendum, quam naturam feudi*; *Phebo decis. 154. n. 14. in fine, tom. 2.* Flamin. *de Rubeis cons. 50. num. 29. lib. 1. D. Valenç. cons. 97. num. 24. Castill. tom. 6. cap. 181. num. 1.*

5 Porque donde està proueida la orden de la sucessiõ por el Fundador, cessa la que dispone el derecho, *l. fin. C. de pac. cõuen. l. cũ ex filio, §. filio impuberi, ff. de vulg. Peregrinus cons. 39. n. 280. lib. 1.* ibi: *Nam constat testatorem in hoc suo maioratu constituisse ordinẽ succedendi ad eo, vt ad legis interpretationem recurrere nõ sit opus*; *Hondedeus cons. 48. n. 41. vol. 2. Surd. cons. 403. nũ. 33. lib. 3. Larrea decis. 54. n. 23. tom. 2.* ibi: *Non verò, quando fundator aliud disposuit, & in alterius defectum alium substituit, &c.*

6 Y que segun las clausulas de la fundacion, le assiste al Marques la expressa voluntad de los Fũdadores, se prueba claramente por ellas, porque auiendo en la primera llamado en primer lugar para la sucession, a Fernando Arias su hijo mayor, passan adelante, y en la clausula segunda hazen los llamamientos siguientes.

7 *E por tal condicion, que despues de los dias de vuestra vida de vos el dicho Fernando Arias nuestro fijo, que aya, tenga, e possea el dicho mayorazgo, e donacion, que vos fazemos del dicho nuestro lugar del Viso, y casas de nuestra morada desta dicha Ciudad de Seuilla, segũ dicho es, vuestro fijo pri-*

me-

mero varon, que sea nacido de legitimo matrimonio, e dende adelante, vuestro nieto, e vuestro viznieto, e dende a yuso por esta linea de varon en varon, que descendieren de la dicha vuestra linea derecha, nacidos de legitimo matrimonio.

7 Y en las palabras desta clausula se conoce, que la voluntad de los Fundadores fue, que en primer lugar discurriesse la sucesion deste mayorazgo por todos los varones agnatos, que huuiesse, descendientes del dicho Fernando Arias, primer llamado: porque quando no solo es varon el llamado en primer lugar, sino que tambien estan hechas substituciones de varones, es congectura, q̃ los Fundadores atendieron a conseruar su agnacion, y obra lo mismo que si lo huuieran expressado, *Aldobrandin. consil.6. num.43. lib. 1. Hipolyto Riminaldo cōs.* 117. *num.* 17. *lib.* 2. *& consil.*739. *num.* 20. *lib.* 7. *Bonifacio Rugerius consil.*25. *num.*35. *lib.* 1. *Alban. consil.*51. *num* 8. *& consil.*754. *num.*8. *& cum Socino, Decio, Paris. & alijs, Alex. Rauden.* *respons.*85. *num.*81. *libr.* 1. *Rolando consil.* 82. *num.* 34. *vol.* 3. *Peguera decis.* 100. *inter ciuiles, num.* 18. *Peregrin. de fideicomiss. art.* 25. *nnm.* 11. *&* 26. *& art.* 14. *num.* 28. quos & alios refert, & sequitur *Castillo lib.* 2. *cap.*4. *num.*78. *& lib.*5. *cap.* 92. *à num.*1. *& lib.*6. *cap.* 129. *Molino de ritu nuptiar. lib.* 3. *cap.*24. *numer.*71. *D. Molin. lib.* 1. *cap.*5. *num.*36. *& lib.*3. *cap.*5. *num.*25.

8 Y aunque en el num. 26. refiere muchos que sintierō lo contrario, nihilominus en el num. 29. queda con esta opinion, vbi eius addition. plures referunt, & quod sic in supremo Consilio pluries in praxi fuit obtentum. Y la razon es, quia ad positionem masculorum sequitur exclusio fœminarum, *l.* 1. *C. de adulteris, cap. Rainald.* ibi *Si absque masculis de testamentis, vbi glos. Hostiensis, Butrius, Ioan. Andr. &* Cardin. notant verbum masculus fœminæ nō conuenire, *& ibi D.* Couar. *§.* 1. *num.*2. *§. cæterum, inst. de legitim. agnator. succes. l.* 1. *& ibi* Bald. *ff. de*

legi-

legibus, & in l. scripturas, C. qui potiores, Molin. dict. lib. 3. cap. 5. num. 30. Peregrin. dic. artic. 25. num. 11. Fussar. de substit. q. 31. num. 12. Valentin. Foster. *in tract. de success. lib. 3. cap. 23. axiomate 7. num. 18. vsque in finem, Augustin. Barbos. de appellatiua, verb. appellatiu. 141. num. 2. Castillo dic. lib. 2. cap. 4. sub num. 80.*

9 Porque el llamamiento de varones tiene dos cabeças. Vna inclusiua de varones. Y otra exclusiua de hembras, vt eleganter *Bald. in l. maximum vitium, num. 2. C. de liber. præteritis.* Y aunque el *señor* Molina *dic. lib. 3. cap. 5. ex num. 32. vsque ad 36.* refiere algunos fundamẽtos, y Autores, para que de solo el llamamiento de varones no se entiendan excluidas las hembras por varones mas remotos, sin embargo en el num. 37. resuelue, que no se admite, ni practica in controuersis forensibus, sino que solo el repetido llamamiento de varones es bastante para exclusion de las hembras, aunque sean mas cercanas, ibi: *Sed quamvis hæc omnia probabilia esse videntur, nunquam tamen in* Forensibus *controuersis admitti solent, imò eo ipso, quod maioratus instituter masculos ad primogenij successionem inuitauerit, censetur fœminas propter masculos remotiores excludere voluisse idque ex verisimili voluntate quæ ex verbo, Masculus elicitur non enim ad aliud verisimiliter hoc verbam masculis adijci potuit quam ad fœminarum exclusionem, &c.* sequitur *Gutier. cons. 13. ex numer. 30. Burg. de Paz in proemio legum Tauri, num. 123. vbi num. 125.* dize auerlo visto assi determinar muchas vezes, *Greg. Lop. in l. 3. tit. 13. p. 6. verbo Mugeres, columna 7. q. 21.* ibi: *Et nota, quod masculus etiam alterius lineæ præfertur filiæ vltimi possessoris, attento tenore inuestituræ disponentis, quod masculina generatio præferatur, &c.*

10 Y lo dicho procede mas llanamente, quando no solo el llamamiento de varones se halla respeto del primer llamado, sino repetido, como en nuestro caso en las demas substituciones, *Ioan. Andr. in additio ad Specula-*

 tor,

tor, rubrica de testamẽtis in fine, & in tit. de success. ab intest. vers. Sciendum, Cinus, & Salicet. in dic. l. 1. C. de adulter. Paris. cons. 57. num. 9. volum. 2. Craueta cons. 113. num. 2. Roland. dic. cons. 82. num. 91. vol. 3. Mantic. de coniect. lib. 6. tit. 15. n. 2. Y citando otros muchos *Simon de Pratis de interpratat. vltim. voluntat. libr. 3. interpratat. 3. dubio 1. n. 5. fol. 11. Menoch. cons. 44. num. 10. Surd. consil. 316. num. 9. & cons. 443. num. 16.* & cum pluribus *Petra de fideicommiss. q. 9. num. 176. vers. Contrariam tamen partem, Rusticis in l. cum auus, lib. 4. cap. 2. num. 14. vbi n. 19.* dicit, quod ab hac opinione, non est recedendum, y que es la mas comun, præsertim si testator sæpius masculinitatis qualitatem considerasset (como se halla en nuestro caso, no solo en la clausula referida, sino en las siguientes) cum exgeminatione enixa voluntas extendatur, *l. Balista ad Trebell. Paris. cõs. 5. n. 20. vers. Quæ geminatio, lib. 3. Tobias Nonio cons. 33. n. 10. optimè Cephal.* & omnino videndus *cons. 251. n. 49. lib. 2.* q̃ habla en el mayorazgo del Duque de Alburquerque, con quiẽ conforma este en los llamamientos, y es la mas ajustada decission que puede hallarse, y en cuyo fauor se determinò; la misma opinion siguen *Castill. dic. lib. 2. cap. 4. n. 87.* ibi: *Idque indubitabile, quidem erit si masculinitatis qualitas reiterata fuerit, aut in pluribus substitutionibus repetita, tunc enim ostendit apertè agnationi fuisse prospectum, &c.* Ramonius *cons. 15. numer. 13.* & 14. *Casanat. consil. 20. numer. 34.* aunque antes en el *cons. 4.* auia sentido lo contrario: pero en el caso del cons. 2. obtuuo sentencia en fauor, vt ipse refert in fine illius consilij, & aduertit R*amonius* vbi proximè; idem tenet cum pluribus *Fusar. quæst. 499. num. 15.*

11 Y ex abundanti se añade, que el auer llamado a los dichos varones con calidad de legitimos, nacidos de legitimo matrimonio (calidad que repite en todos los demas llamamientos) es tambien congetura de agnacion,

cion, *Decian. conf.31. n.91. lib.1. Mantica decis.319. n. 6. & 7. Fusar. dict. q.499. n.27.* Y la razon es, porque solos los que son legitimos son capaces para conseruar la agnacion, *l. si spurius, ff. vnde cognati, §. vulgo quæsitos, instit. de success. cognator. D. Molina lib.1. cap.4. num.46.* & cum pluribus *Giurba de success. feudor. §. 1. glos. 9. à n.8. D. Valençuela cons.95. n.65. Mario Muta decis.65. Fusar. q.354. & 360. n.4. & 361. n.18.*

12 Y que los varones llamados en la dicha clausula se han de entender los varones agnatos; se prueua tambien, porque en la clausula siguiente, quando en defecto de dichos varones passa à llamar al hijo mayor de la hija mayor del dicho Fernando Arias, y a sus nietos, è visnietos por linea derecha de varon en varon; les pone grauamen de que traigan el apellido, y armas de Saauedra, segun y como el dicho Fernando Arias se auia de llamar, è traer dichas armas; y deste grauamen no habla palabra en la clausula primera: y la razon es, porque como en ella dexaua solamente llamados los varones agnatos, en quienes por derecho se conserua el nombre de la familia, no le pareciò que era necessario imponerles esse grauamen: porque supusieron, que de suyo se estaua, que siendo varones agnatos auian de lleuar su nombre, y apellido: pero como los llamados en la clausula siguiente eran los varones hijos de la hija, los quales no venian a ser de su familia; *l. familiæ, §. fœminarum de verb. signific. §. fin. instit. de patria potestate;* a estos les pusieron precepto, y grauamen de traer el nombre, y armas de Saauedra, dando en la misma clausula por presupuesto assentado, que el dicho Fernando Arias las auia de traer: y assi hablando con los varones de la dicha hija, hablan disponiendo, y mandando, que traigan el dicho apellido, y armas: pero quando hazen mencion de su hijo Fernando Arias, hablan suponiendo, que este de suyo las auia de traer; y que los varones

de

de la hija le imitassen, y las traxessen como èl: sic in terminis considerat *Cephal. dict. consf. 251. n. 50. & 51.* ibi: *Et sciens, quòd fœminarum filij sunt alterius familiæ, & agnationis, l. familiæ, §. fœminarum, ff. de verb. signific. §. fin. inst. de patria potestate cum similibus, vt eis quoque testatoris agnatio conseruaretur adhibuit remedium, vt ita demum, illi sibi succederent, si vocarent se ipsos de eius familia, & agnatione, & eius arma deferrent, quibus testatoris familia, & agnatio conseruatur, vt per eum post alios quos citat, maximè Bart. in tract. de insignijs, & armis, col. 2. & per totum.*

13 Y no hazemos esta ponderacion para fundar, q̃ por solo el grauamen de apellido y armas se induzga conjetura bastante de auer querido fundar mayorazgo de agnacion: porque aunque huuo muchos, que la tuuierõ por bastante, reconocemos, que en España se ha practicado lo contrario, siguiendo la doctrina del señor *Molina lib. 3. cap. 5. num. fin.* si bien en este caso la dicha cõjetura concurre con las demas que quedan ponderadas del repetido llamamiento de varones, y con calidad de legitimos: quo casu, tampoco la desestima el señor Molina, sino quando se quiere fundar la dicha agnacion en solo el dicho grauamen, ibi: *Ex solo nominis, atque armorum delationis præcepto.* Y assi la ponderacion del dicho grauamen de apellido, y armas, la hazemos, para q̃ se entienda, que los varones llamados en la dicha clausula segunda, fueron solamente los varones agnatos, y que a falta dellos, buscaron, y llamaron los varones cognatos, para conseruar en ellos con el dicho grauamen la agnacion ficticia, vt considerat *D. Larrea decis. 34. n. 2. & 3. & num. 49. & decis. 54. n. 21.*

14 Pero en nuestro caso, no necessitamos de prouar, q̃ por las consideraciones dichas quisieron los fundadores hazer este mayorazgo de agnacion, mientras huuiesse varones agnatos: porque no es la competencia entre

varon

varon agnato, y varon cognato; sino de varon agnato con vna hembra: ni tratamos de estender la exclusion de las hembras a otro caso mas que en aquel en que los fundadores llamaron a los varones: porque ora se mouiessen a llamarlos por razon de conseruar la agnació, ora sea por otras razones muchas que les podian mouer à ello, bastale al Marques el que en el dicho llamamiento de varones, que se halla en la dicha clausula, no pueda estar comprehendida la dicha Marquesa, vt optimè aduertit *Molina dict. lib. 3. cap. 5. n. 37. vers. Nec obstat*, ibi: *Nec obstat si dicatur, quòd maioratus institutor potuerit moueri alijs rationibus ad masculorum vocationẽ, quam ob rationem conseruandæ agnationis: nam illud verũ est ad hoc, vt sciamus, ex hac ratione non expressa, non posse sumi argumentum exclusionis fœminarum, vltra casus vbi institutor verbum masculis expressit, si in alia parte de fœminis meminit, vt infra isto capite septima conclusione dicemus: sed ad hoc, vt in casu quo expressit verbum masculis ex eo non censeatur fœminas propter masculos remotiores excludere, nihil refert, quod alijs rationibus ad id efficiendũ adduci potuerit, tunc quia sub verbo masculis nulla fœminarum vocatio comprehenditur, &c.* Y corre sin dificultad su resolucion en este caso, y seràn excluidas las hembras por varones mas remotos, en que conuienen vniuersalmente todos los Doctores del Reino, sin que se halle contradicion alguna, como siguiendo a Molina comprueua doctamente cum pluribus *Casanate consil. 50. ex num. 33. vsque ad 38.*

15 Y que los dichos fundadores no quisieron hazer mayorazgo regular, sino que siempre fuessen preferidos qualesquier varones descendientes del dicho Fernando Arias, a qualesquiera hembras, aunque fuessen de mejor linea, se prueua tan clara, y manifiestamente por las dichas clausulas, que no necessitamos de las conjeturas

arriba ponderadas: porque despues de la clausula arriba referida se sigue la tercera, his verbis:

16 *E si por auentura no tuuieredes fijo, o nieto, o visnieto, è dende ayusso, que sean varones, è de su linea de varon en varon, como dicho es, que en tal caso aya y herede el dicho mayorazgo, è donacion el fijo mayor de la fija mayor de vos el dicho Fernando Arias nuestro fijo, è su nieto, è visnieto, è dende ayusso por linea derecha de varon en varon; toda via seyendo nacidos de legitimo matrimonio, è que el tal fijo de la dicha fija mayor de vos el dicho Fernando Arias, è su nieto, è visnieto, è dẽde ayusso, como dicho es, que se llamen, è lieuẽ, e traigan el apellido, y armas de Saauedra, segun que vos el dicho Fernando Arias os auedes de llamar, e traer las dichas armas: e assi por esta via los fijos, e nietos, e viznietos, e descendientes varones legitimos de legitimo matrimonio nacidos de las dichas vuestras fijas de vos el dicho Fernando Arias, que Dios os diere; dando siempre lugar el menor al mayor, que assi ha de auer el dicho mayorazgo.*

Con las quales palabras se prueua claramẽte, q̃ si el dicho Ferndão Arias primer llamado muriera sin dexar hijo varõ, dexãdo vna hija, y della vn nieto varon, auia de suceder el nieto varõ, y no su misma madre. Siẽdo assi, q̃ lo regular, y mas natural es, querer mas a los hijos q̃ à los nietos, por ser los hijos mas cercanos, vt post *Bald. in l.3. C. de liber. præteritis, Hieronym. Albanum cons. 60. n.* 13. tenet *Menoch. cons. 269. n.* 58. & ad aliud propositum considerat *Larrea dict. decis.* 54. *num.* 27. En que se echa de ver, que tuuieron mas atencion al sexo, que al parentesco, pues quisieron mas a los varones mas remotos, que a las hembras mas cercanas, vt dixit *Larrea decis.* 34. *n.* 26. *& num* 34. *&* 35. *& num.* 58. *cum sequentibus*, donde funda, no ser cosa tan extraordinaria, que los hijos por varones sean preferidos a sus mismas madres, y que sea mayor el amor, y inclinacion a la calidad de

va-

varonia, que a la mayor cercania de parentesco; y assi por esta clausula se reconoce, que en la primera quisieron, que todos los varones agnatos fuessen comprehẽdidos, y a falta de aquellos en esta clausula 3. llaman a todos los varones cognatos, prefiriẽdolos a qualesquier hembras.

17 Y esto se comprueba por las palabras vltimas de la dicha clausula, ibi: *E assi por esta via los fijos, e nietos, e visnietos, e descendientes varones legitimos de legitimo matrimonio nacidos de las dichas vuestras fijas de vos el dicho* Fer*nando Arias, &c.* Segun las quales palabras, si la hija mayor del dicho Fernando Arias no tuuiera hijo varon, sino hija, pero la hija segunda, tercera, ò quarta tuuiere hijo varon, auia de passar a este la sucesion, aunque fuesse de peor linea; segun las reglas ordinarias de los mayorazgos: porque en este no quisieron los Fundadores que se guardassen, sino que qualquier varon, aunque fuesse de diferente linea, se prefiriesse a qualquiera hembra de mejor linea, vt in nostris terminis considerauit *Cephal. d. cons. 251. sub num.* 34. ibi: *Quintò considero Dominum testatorem masculos, ex Domina Maiore sua secunda filia prætulisse filiabus natis, ex Domina Brianda filia prima, ac Dominæ Maiori præposita, non obstante, quod masculus Dominæ Maioris esset in vna linea filiæ verò Dominæ Briandæ essent in alia, &c.*

18 Hazese mas euidente todo lo que queda dicho con la clausula quarta que se sigue, ibi: *E si por auentura ninguna, ni algunas de las dichas vuestras fijas legitimas nacidas de legitimo matrimonio, no ouieren fijos, ni nietos, ni visnietos, ni otros descendiẽtes que sean varones de su linea derecha nacidos de legitimo matrimonio, segun dicho es, e de suso se contiene, que en tal caso acaesciendo, queremos, que aya el dicho mayorazgo, e donacion que vos assi fazemos la fija mayor legitima de legitimo matrimonio nacida de vos el dicho Fernando Arias, e su fija, e nieta, e viznieta, e dende à*

yuso

yuso por la linea derecha nacidas de legitimo matrimonio; segun que lo han de auer los varones, e de suso se contiene: E assi por esta via las otras fijas, e nietas, e viznietas, e descendientes de vos el dicho Fernando Arias nuestro fijo legitimo e de legitimo matrimonio nacidas, segun, que lo han de auer, e heredar los varones, e de suso se contiene, dando siempre lugar para auer, e heredar el dicho mayorazgo la menor a la mayor.

19 En esta clausula fue, quando se acordaron de llamar las hijas del dicho Fernando Arias; y deste mismo llamamiento se reconoce, que en las clausulas antecedentes, no estauan llamadas, y que solo lo estauan los varones de qualquier grado, ò linea, no solo prefiriendolos a sus mismas madres, sino a otras qualesquier hembras de mejor linea, pues quisieron, que primero sucediesse el hijo varon de la hija segunda, que la hija mayor, & sic de reliquis, y a falta de todos los varones de qualesquier hijas, llama a la hija mayor del dicho Fernando Arias, y a sus fijas, y nietas, y a falta dellas a la hija segunda, è sus hijas, è nietas, & sic de las demas hijas. Y en este caso, fue quando quisieron se guardasse el orden regular de las lineas; lo qual no auian querido en los casos antecedentes, sino que para buscar varones, se buscassen, y prefiriessen en qualquier linea que se hallassen.

20 Y como diximos en los dichos apũtamiẽtos, y por si se hã perdido boluemos a repetir en estos, no ay mayor, ni mas fuerte argumento para conocer, que en los llamamientos antecedentes, no estaua llamada ninguna hembra, aunque fuesse hija mayor del primer llamado, que el estar por esta clausula substituida a qualesquier varones agnatos, ò cognatos del dicho Fernando Arias.

21 Hæc est enim virtus discretiuè vocationis, quod species discretiuè a genere, non includatur sub genere, *l. alimenta. 3. §. Basilicæ ff. de alimentis legatis, l. stichus in principio, l. hæres, §. 1. de legat. 3.* & quod specialiter est ordina

tum

tum à generali renunciatione videtur exceptum, *l. doli clausula, ff. de verb. obligat. l. cohæredi, §. qui patrē, ff. de vulgari, & pro vtraque sunt iura vulgaria; l. hæres meus, §. duæ statuæ, ff. de leg. 3. l. 1. §. itē si duæ, ff. de auro, & argento legato.*

22 Por estos, y otros textos es comun resolucion, que aunque la palabra, *hijos, y descendiētes*, comprehenda los varones, y hembras: pero si a las hēbras se diò el llamamiento discretiuo posterior, con esso cōsta, que no auiā quedado comprehendidas las hembras en el llamamiēto general que procedio de hijos, y descendientes; sic *Bald. cons. 186. lib. 1. & in l. in multis, num. 4. de statu hominum, & in casu simili probat Hieronymus Gabriel cons. 69. numer. 3. lib. 2. Simon de Pratis de interpret. vltim. volunt. lib. 3. dub. 3. sol. 2. fol. 189. num.* 48. *Gratian. discept. lib. 4. cap. 621. num.* 18. & bene probat *Rota Roman. decis. 374. num fin. p. 1. diuers. Thesaur. decis. 188. num* 16. *D. Molina lib. 3. cap. 5. num. 55. & cum pluribus Fussar. q. 311. num. 37. Augustin. Barbos. de appellatib. verb. appellat. 99. num. 92.* & post eos omnes latè, & eleganter probat videndus, *D. Larrea decis. 54. à n. 17. vsque ad* 20

23 Y en estos indiuiduales terminos concluyen contra masculum ex fœmina por este fundamento *Menoch. cons. 204. num. 4. & 5. lib. 3. & cons. 328. n. 9. & 10. lib. 4. Socin. Iunior. cons. 108. num. 23. lib. 2. Gabriel cons. 69 numer. 3. lib. 2. Peregrinus de fideicom. art. 25. n. 45. Larrea dict. decis. 54. n. 17.*

24 La razon es, porque resultaria repugnancia natural, y implicacion manifiesta, si estando llamadas en la clausula anterior en falta de si mismas, para quando fuessen muertas, boluiesse a resucitar su llamamiento en la clausula posterior, llamandolas despues de muertas, como si estuuiessen viuas; como fuera repugnancia natural, y locura, si en falta de Pedro, y sus descendientes, en caso de ser muertos, boluiesse a llamar a ellos mismos,

como si fuessen viuos, nemò enim potest substui sibi ipsi, neque excludere se ipsum tamquam viuus, & succedere in defectum sui ipsius tamquam mortus, vt considerat *Rota dict. decis. 374. num. 6. par. 1. diuers. Menoch. cōs. 328. num. 9.* dicens: *Quod cum non possit vna persona esse agens, & patiens non potest considerari tanquam agens ad exclusionem sui ipsius, & tanquam patiens, vt excludatur à seipso, Socin. Iun. cons.* 108. *num.* 23. *vers. Et quod nepotes lib.* 2. *Riminal. Iun. cons.* 146. *n.* 38.

25 Y es tan fuerte el fundamento que resulta de ser discretiuo este llamamiento de la hija mayor del dicho dō Fernando, y de su nieta, y vizniet, y dende ayuso (en el qual està comprehendida la dicha Marquesa de Malagon) que en el pleito, que litigò don Alonso Manrique con la Marquesa de Malpica, nò hallarō los Abogados de la Marquesa con que responder a èl: y assi se valierō solamente de redarguir de falso el testamento enque se fundaua el dicho don Alonso Manrique.

26 Y a lo que el Abogado de la parte contraria ha reducido vnicamente su defensa, es dezir, que los varones q̃ estàn llamados por las dichas clausulas, con prelacion a la hija mayor, y demas hembras, son los que descendieren por la linea derecha del dicho Fernando Arias; y q̃ linea derecha se dize la q̃ cōtinua de primogenito in primogenitū, y q̃ assi el dicho Marques de Ribas nò se puede dezir varon descendiente por linea derecha: y para esto se alegò la doctrina del señor *Molina libr.* 3. *cap.* 6. *ex num.* 29. *Castillo tom.* 6. *cap.* 138.

27 Pero es de tan poca consideracion este fundamento, que en nuestro juyzio no necessitaua de respuesta: porque lo que dizen el señor *Molina, y Castillo*, y los demas que alegan, es quando absolutamente se llaman para la sucession a los descendientes por linea derecha, ha de continuarse la sucesion de primogenito in primogenitum; y q̃ en este caso en los descendientes por linea

dere-

derecha se comprehenden todos varones, y hembras, y que quando se haze mencion de linea, se entiende de linea derecha, y que quando la sucessiõ ha de discurrir por linea derecha, es mayorazgo regular.

28 Pero los mismos Autores dizen, que estas reglas ordinarias, no proceden, quando consta que los fundadores quisieron que preualeciesse la agnacion, ò masculinidad, haziendo salto de vn varon agnato a otro varon agnato, con que sea de otra linea, ò de vn varon cognato à otro cognato, exclusa fœmina, sic tenet ipse *Castillo dic. cap.* 138. *num.* 10. ibi: *Cum primogeniorum successio per lineam rectam semper defertur, maioratus regularis dicitur; irregularis autem cum regula ipsa linearum videatur, quando scilicet linea recta indemniter conseruari nõ valeat, idque ob expressam legem, seu conditionem testatoris, aut maioratus institutoris disponentis, vt praualeat quo ad successionem agnatio, vel simplex masculinitas ad exclusionem fœminarum, quæ lex, aut dispositio facit infringere lineã rectam, & maioratum irregularem efficit, quoties fit saltus de agnato ad agnatum alterius lineæ omisso cognato in linea recta, & de masculo ad masculum omissa fœmina in recta linea, &c.* quod idem comprobat *D. Larrea dic. decis.* 54. *num.* 20. ibi: *Quibus ita notatis facilè in contrarium adductis poterit occurri, & quoad illud de quo supra num.* 1. *lineam deberi continuari, responde id verum esse quando aliquid contra testator non disponit, quia ex illius voluntate successio regulanda, l. cum ita, §. in fideicõmisso de legatis* 2. *&c. & lineam qualificatam præferendam esse naturali, quãdo ad illam voluit disponens redire maioratum*, tenuerunt post *Molin. & alios, Robles de repræsent. lib.* 2. *cap.* 30. *numer.* 18. *Castillo tom.* 5. *cap.* 92. *num.* 52. *Ceuall. commun. q.* 265. *num.* 4. *& q.* 905. *num.* 187. *D. Valençuela cons.* 23. *num.* 51. *Raudens. cons.* 3. *num.* 21. *lib.* 1. *Perez de Lara in compend. vitæ hominis, cap.* 30. *num.* 67. *Paz de tenuta cap.* 34. *num.* 99. *&* 100.

29 Las quales doctrinas son en todo ajustadas a nuestro caso: porque no puede ser mas clara, y expressa la voluntad de los fundadores, de que la sucessión deste mayorazgo no se continuasse por la linea regular, sino que quisieron que hiziesse salto de varon en varon, aunque fuesse cognato, omissa fœmina in recta linea; pues a falta de hijo, nieto, ò viznieto varon del dicho Fernando Arias, por linea de varon en varon, vt in clausula 2. llamò al hijo varon de la hija mayor, omissa matre, y a falta de hijo varon de la dicha hija, quisieron que saltasse la sucessión al varon de la hija segunda; y que a falta de varon descendiente de la hija segunda, saltasse al varon de la tercera, & sic de todas las demas: Y a falta de todos los dichos varones de todas las dichas lineas, llamaron a la hija mayor del dicho Fernando Arias, que hasta entonces la auian dexado excluida por los varones de otras lineas: lo qual repugna con la naturaleza de mayorazgo regular; y assi tenemos expressa voluntad de los fundadores, de que quisieron hazer mayorazgo irregular, y que se atendiesse a la linea calificada de varones, que es lo que tambien dixo el mismo *Castill. dic. cap.* 138. *num.* 2. ibi: *Et comprehenduntur omnes masculi in infinitum, vbi linea masculorum vocatur, & vbicunque testator vocat lineam virorum, & postea lineam fœmineam non admittuntur fœminæ donec sit extincta tota linea virorum.* Palabras ajustadas a nuestro caso, donde se hallã primeramente llamados todos los varones, y hasta estàr acabados aquellos, excluidas las hijas, y solamente llamadas ellas, y sus descendientes hembras, quando no se hallasse varon en ninguna de las lineas de las hijas del dicho Fernando Arias.

30 Esto le obligò al Abogado contrario a dexarse dezir el dia de la vista, que si compitiera vn varon descendiente de alguna de las hijas del dicho Fernando Arias, excluyera a la parte contraria; y no puede dexar de causar

ſar admiracion,que quien eſto reconoce a vn varō cognato,ſi litigàra,lo quiera negar a vn varon agnato,deſcendiente de varon en varon por linea derecha del dicho Fernando Arias.

31 Ni ſe puede hazer fundamento en la palabra, *linea derecha*, porque por las demas clauſulas que quedan ponderadas conſta, que no entendieron los fundadores la dicha palabra en el ſentido,y ſignificacion que la parte cōtraria le quiere dàr,ni para que eſte mayorazgo quedaſſe regular,y huvieſſen de ſuceder preciſamente qualeſquier deſcendientes del vltimo poſſeedor, pues eſto, como queda dicho,y reconoce *Caſtillo dic.cap.* 138.*numer.* 10.tuuiera notoria repugnancia con auer llamado los varones de qualeſquier hijas,en excluſion de la hija mayor del dicho Fernando Arias.

32 Y aſsi ſe conoce,que los Fundadores tuuieron por deſcendientes por linea derecha a todos los deſcendientes del dicho Fernando Arias,aunque reſpecto de las lineas,que cada vno de dichos deſcendientes avia de hazer para ſi,y para los ſuyos,vengan a ſer tranſverſales entre ſi;y eſta inteligencia es tābien conforme a derecho,y a la inteligencia de los Doctores; porque el derecho conſidera tres lineas;Vna aſcendentium, altera deſcendētium, & altera tranſverſalium;y eſtas ſe diuiden en dos eſpecies;Vna dicitur linea recta, & altera linea tranſverſa; vel obliqua linea recta ;ſe dize , la que haze vno para ſi,y para todos ſus deſcendientes : y aſsi Fernando Arias primer llamado hizo linea derecha para todos ſus deſcendientes,de la manera que tambien dō Fernando Miguel Arias de Saauedra, vltimo poſſeedor hizo linea derecha para todos los ſuyos. Y aſsi en el Marques de Ribas,como deſcendiente del dicho Fernando Arias primer llamado,ſe verifica ſer varon deſcendiente por ſu linea derecha:y ſolamente ſe dirà tranſverſal, reſpecto de aquella linea,que hizo el vltimo Conde ſu hermano,ſic explicat *Caſtill d.cap.* 138.*num.* 11.ibi:*For*

 mat

mat autem, atque efficit lineam rectam quilibet actualiter maioratus possessor, in cuius possessione, & cum eius concomitantia incipit, & discurrit linea de vno in alium retento eodem tramite, seu diriuatione primogenituræ sicuti ex ipsa lege partitarum deducitur manifestè, atque ex Authoribus supra citatis, Pelaez à Mieres dic. q. 7. part. 2. ex num. 45. cùm sequentibus, qui num. 51. 52. & 55. in noua editione iuridice constituit, & comprobat, quod filius secundus respectu fratris primogeniti, & eius prolis non est in recta linea, & quod coniuncti nobis ex fratre, non sunt in nostra linea licet sint, ex linea patris, vel aui; Cephalus etiam cons. 251. n. 43. vol. 2. nam transversalis non generat transversalem, nec frater fratrem, Parisius cõs. 72. num. 109. vol. 4. Surd. cons. 544. num. 11. lib. 4. Menchaca de succes. creat. 3. par. § 27. num. 20. vbi quod de linea recta dicuntur descendere liberi eorum, qui sunt primogeniti, non autem liberi eorũ, qui sunt secundogeniti.

33 Y assi por las mismas doctrinas citadas por el Abogado contrario, se prueba, que el Marques de Ribas es descendiente por linea derecha del dicho Fernando Arias de Saauedra, y que solo es transversal, respecto del Conde su hermano, y de la dicha Marquesa su sobrina, que es lo que dizen los Doctores, sin que ninguno aya dicho, ni sea imaginable, que el descendiente se diga de linea transversal de aquel de quien desciende, y lo mismo dixo *Castill. tom. 5. cap. 93. num.* 33. ibi: *Altera vè dispositio de linea loquens intelligitur de linea ascendentium, & descendẽtium, cum illa sit propria linea recta, non autem intelligitur de transversali, quia linea recta propria dicitur sursum, & deorsum, non autem ex latere.* Y alega para esto a *Menoch. cons. 234. num. 8. & sequentibus,* que cita otros muchos, y explica muy bien la materia de lineas.

34 Y antes que *Menoch.* ni *Castill.* lo enseñò mejor que todos *Bald. cons. 334. vol. 3. ex num. 9.* y en el *num.* 10. dize, que respecto de Adan, de quien descendemos, todos

so-

somos de su linea derecha; y assi en el caso en que alli habla, funda, que todos los descendientes son de la linea derecha de aquel de quien descienden, y despues de *Bal.* con otros muchos lo explica de la misma manera *Giurba in consuetudines Mesanenses, cap. 12. glos. 3. num. 4.* ibi: *Porro duplex est linea effectiua, nempè, & contētiua; effectiua linea recta dicitur, & ei illa, quam pater in descendentes constituit; contentiua est, qua & pater continetur, &c. Et hæc appellatur, quoque transuersalis, l. Iure Consultus, §. sunt ex parentibus, ff. de gradibus, quia eos comprahendit per rectam lineam habito respectu ad personam à qua originem habuerunt.* De manera, que a los mismos que son transuersales entre si, los llama, y tiene por de linea recta de aquel de quien descienden; Y assi, aunque el Marques de Ribas, y el vltimo Conde su hermano son transuersales entre si, y el vno no se dize de la linea efectiua del otro, y son diferentes lineas las que cada vno de dichos hermanos han hecho para si, y sus descendientes, vt dicit ipse *Giurb. num. 7.* pero respecto del dicho Fernando Arias primer llamado de quien desciende, no es dudable, que entrambos son de su linea recta.

35 Y por esso los dichos Fundadores en la dicha clausula segunda, en el llamamiento que hazen de varones, hablan de la linea derecha del dicho Fernando Arias, ibi: *Que descendieren de la dicha VVESTRA linea derecha.* Y aquella palabra *vuestra*, es personalissima, y relatiua a la linea que el dicho Fernando Arias auia hecho para si, y todos sus descendientes; no a la que cada vno de sus descendientes auia de hazer para si, y los suyos, vt post *Hipolit. Riminald. cons. 741. num. 21. & 22. lib. 7. & cons. 412. num. 80. lib. 4. & cons. 371. nu. 77. 78. & 79. lib. 4.* refiriendo eius verba tenet *Castill. tom. 5. d. cap. 93. num. 26.* & conducunt tradita à *Perez de Lara de Capellanijs lib. 2. cap. 2. num. 9. cum sequentibus*, vbi dicit: *Quod hæc pro nomina meus mea meum, & suus sua suū*

son

sõ personalissimos. Y de aqui infiere, que quãdo vno llama a los descendientes de su linea, se entiende solamente auer llamado a los que descienden dèl, y no a sus ascendientes. Y asi hallandose el Marques descendiente del dicho Fernando Arias, no es dudable, que es de su linea derecha; y si se huuiera de entender la palabra, *linea derecha*, como en contrario se pretende, hoc est, de la linea del vltimo posseedor, no solo fueran superfluas aquellas palabras, *vuestra linea derecha*, sino que tambien fuera inutil todo lo que se dispuso en las clausulas siguiẽtes, en que como esta dicho, quisieron los Fundadores, que todos los varones de qualesquier hijas del dicho Fernando Arias fuessen preferidos a su hija mayor, dexandola excluida por ellos, y de quienes en esto mostraron tanto el amor que tenian a la varonia, no se ha de presumir, que en el caso en que estamos quisieran, que quedasse excluido vn varon agnato descendiente del dicho Fernando Arias por vna hembra, y que fuesse de mejor condicion la parte contraria, por hija de vn septimo posseedor, que lo fuera, si se hallara hija del mismo Fernando Arias, y compitiera con ella qualquiera varon de otra hija.

36 De todo lo qual resulta, que entre los descendiẽtes del dicho Fernando Arias, primer llamado, a todos los quales tuuieron los fundadores por de la linea derecha del dicho Fernando Arias (como verdaderamente lo son) no quisieron se atendiesse a la linea regular, y que llaman de substancia, sino a la linea de calidad, y que primero fuesse preferida la linea de todos los varones, y q̃ hasta que esta se acabasse, no pudiesse entrar en la sucession ninguna hembra, vt doctè probat *Baldus* communiter receptus, *dic. cons.* 334. *num.* 9. *lib.* 3. *Salicet. inter cõsilia Ancharrani cons.* 95. *num.* 10. *Ruin. cons.* 149. *num.* 7. & 13. *lib.* 2. *Gregor. Lop. in l.* 2. *verbo, Linea de parentesco, tit.* 6. *p.* 4. *Mieres de maioratibus,* 2. *p. q.* 6. *n.* 18. *Surd.*

cons.

conſ.403.ex num.25.Raudenſis lib.1.var.cap.37.num.53.Decian.conſ.16.num.22.lib.4.Paul.de Caſtro conſ.176.num.3.in fine,lib.1.& cōſ.300.num.2.lib.2.Peralta in rubr.de hæred.inſtit.num.128.Molina lib.3.cap.8.num.8.Peregrino art.20.num.11.Mantica de coniectur.lib.8.tit.18.num.5.& 54. vbi *num.19.* dize, quod vbi gradus ſuccedendi ſunt deſignati illi tantum ſunt conſiderandi ne habendus eſt reſpectus ad proximitatem vltimi poſſeſſoris, *Gratian. diſcept.forenſ.cap.836.numer.15.*

37 Y en los terminos de nueſtro pleito, en que por las dichas clauſulas de la fundacion conſta, que los fundadores quiſieron conſtituir dos lineas. Vna de todos los varones. Y otra de todas las hembras, defiende *Caſtillo tom.5.cap.91.num.83.verſ.Deindè obſeruandum,* explicando lo que primero auia dicho en el *lib.2.cap.2.* que no puede ſer admitida ninguna hembra, aunque ſea hija del vltimo poſſeedor, ibi: *Secus autem fatendum eſſe quando linea maſculina, aut linea virorum, ſeu maſculorū vocatur, tunc namque etiam omnes illi qui pro fœmina reſponderunt, & ibi commemorantur cōtrarium ſupponere videntur, & fœminam non comprehendi præſentiunt apertè.* Et inferiùs, ibi: *Item non procedent quæ eorum capite ſecundo, lib.2.dicuntur quando teſtator fecerit diſcretiuam diſpoſitionem ponēdo ex vna parte maſculos, & ex alia fœminas, quia tunc in vocatione maſculorum non poſſunt comprehendi fœminę, ſed vnuſquiſque ſuccēdit quando venit caſus ſuæ particularis vocationis, aut ſubſtitutionis, ita Bald.communiter receptus in l. in multis, ff. de ſtatu hominum, num.4. Molina lib.3.dic.cap.5.num.55.&c.*

38 Y no es muy fuera de orden eſte modo, de ſucceder primero todos, y qualeſquier varones, y deſpues de todos ellos las hembras, vt tenet *Mieres 2.p.q.6.ex num.349.* vbi quod ſucceſſorium edictum appellatur non ſolum cum poſſeſſio defertur de gradu in gradum, ſed e-

tiam de capite in caput, vt putà vndè liberi, vndè cognã ti, vnde legitimi. Y que aſsi ordo ſucceſsibus dicitur nõ ſolum inter eos qui recta linea deſcẽdunt, ſed etiam inter collaterales, lo qual ſe verifica, quãdo como en nueſtro caſo eſtan llamados primero los varones de qualeſquiera lineas, y deſpues de todos ellos las hembras: la qual prelacion de la linea de varones a la de las hẽbras, no ſolo la quiſieron, y diſpuſieron en los deſcendientes del dicho Fernando Arias, ſino en los llamamientos q̃ à falta dellos hizieron en la clauſula 6. con las ſiguientes, en las quales, aunque los fundadores tenian cinco hijas, primero llamaron a todos los varones deſcendientes de qualeſquiera dellas, y de otras qualeſquier hijas que tuuieſſen, que a ſus miſmas hijas, y a falta de todos los dichos varones, hizieron ſegunda linea de todas las hembras, començando por ſu hija mayor, y por ſu orden diſcurriendo por las demas.

39 A lo que tambien ſe ha opueſto por el Abogado cõtrario, que auiendo los Fundadores llamado hembras para la ſuceſsion, no es viſto auer tenido atencion a cõſeruar la agnacion; Tenemos ſatisfecho en los primeros apuntamientos, y ſe buelue a repetir en eſte papel, q̃ el Marques de Ribas, no dize, ni ha meneſter, q̃ eſte mayorazgo ſea de agnaciõ abſoluta cõ perpetua excluſiõ de las hẽbras, porq̃ lo q̃ dezimos, y dexamos arriba fũdado, es, q̃ todos los varones, aſsi agnatos, como cognatos deſcẽdiẽtes del dicho Fernãdo Arias, quedarõ preferidos a qualeſquier hẽbras, y q̃ miẽtras ay qualeſquier varon, aunq̃ fuera deſcẽdiẽte de hẽbra, no tiene lugar el llamamiẽto de las hembras, porq̃ los Fundadores quiſieron cõ los dichos varones conſeruar mientras pudieſſen la agnacion riguroſa, ò artificial: lo qual ſe compadece muy bien con auer llamado a las hembras para deſpues de todos los dichos varones, en cuyo defecto quiſieron, que ſucedieſſen las hembras para conſeruar la perpetui

dad

dad del mayorazgo, vt benè explicat *D. Molin. libr.* 3. *cap.* 5. *num.* 50. *in fine*, & ibi: *Eius additio*, vbi dicũt: *Aut agnatio contemplatur ad certos gradus, vel ad certas personas restricta, & tunc nihil impedit, quod procedit, quando id à testatore expræssum fuit; tunc verò, & si fœminæ, vel aliqui cognati vocentur, in personis specificatis ratio conseruãdæ agnationis non cessat*, y para esto alegan muchos; y en el *vers. Primus casus*, ponen propiamente el nuestro, ibi: *Primus casus est, quãdo prius vocãtur masculi, & eorũ descẽdentes masculi, & posterius in defectũ omniũ masculorũ fœminæ vocantur, in qua specie præscripta est agnatio in masculis, & eorum descendentibus masculis, nec restringi debet per vocationem fœminarum posteà factã, ex adductis proximè.*

40 Y para esto mismo es muy ajustada a los terminos de nuestro mayorazgo la doctrina de *Molino de ritu nuptiar. lib.* 3. *cap.* 24. *num.* 147. *omnino videndus, & numer.* 148. ibi: *Sed & ratio, qua communis opinio mouetur imbecillis est, non scilicet censeri disponentem habuisse rationem agnationis, quando aliquo in casu fœminas vocauit per quas agnationis iura nequeant conseruari, nam argumentatio hæc, quo ad perpetuitatem inducendam, & æternam fœminarum exclusionem rectè concludit cæterum, vt antea dixi, quo ad temporalem ad quam potuit, & potest testator animaduertere minimè ita fit, vt in dies testatores masculorum omnium à se descendentium exclusis filiabus; & ab his descendentibus gradus substitutionis, & vocationis instituãt his deficientibus filias, & ab illis descendentes vocent, his demum finitis fratres transuersales masculos, & descendentes substituãt, in quo casu apertum est testatorem ad tempus agnationis rationem habuisse durantibus masculis à se descendentibus, post verò deffectis illis minimè, quia voluit potius filias, & ab his descendentes vti magis dilectos, quam transuersales succedere, vnde mihi prædicta communis opinio vera, non videtur, &c.* Y con palabras muy elegantes tambien dignas de verse, lo dixo *Surd. decis.* 66. *n.* 21.

Y lo

41 Y lo que a esto se replicò, de que procede respecto de aquellos varones que estàn llamados, y que no se puede estender a otros, no sè con que fundamento se quiso aplicar a nuestro caso, pues no es dudable, que en las palabras de la fundacion arriba referidas, que en las clausulas impressas con diuision, es la clausula 2. està el Marques expressamente comprehendido, pues en ella estàn llamados el hijo, nieto, y viznieto, è dende ayusso por linea de varon en varon descendientes del dicho Fernando Arias; y no se niega, que el Marques es varon de varõ de aquella linea: luego es de aquellos varones, en quienes quiso conseruar la agnacion, y aun le bastaua ser varõ, aunque fuera cognato, y descendiente de qualquiera de las hijas del dicho Fernando Arias.

42 Y las *decisiones* 354. *de Gãma, y* 208. *de Cabedo*, que se alegaron por formales para este pleito, estàn legissimos de poderse aplicar a èl, porque en ninguna dellas estaua llamada la hembra con llamamiento discretiuo, y para en falta de todos los varones agnatos, y cognatos, aunque fuessen de otras lineas, como lo tenemos en el caso presente, con q̃ dexò declarada su voluntad el Fundador, que la hija de mejor linea, y grado, como lo era la hija mayor del dicho Fernãdo, auia de ser preferida por qualesquier varones de otras lineas, como lo venian a ser los varones descendientes de las otras hijas.

43 Y en los terminos de la *decision de Gãma*, el mayorazgo auia entrado ya en hembra, y por ella auia discurrido hasta el vltimo posseedor, que dexò vna hija, con la qual competia el varon transversal de otra linea, dõde nunca auia entrado el mayorazgo, como se refiere en el *núm.6.* y en aquel mayorazgo, a falta de los varones por linea masculina, estaua llamada la hembra, y sus descendientes, como se supone en el *num.7. vers. Sumus itaque*; Y assi se reconociò, que la hembra no podia entrar; sino es auiendo faltado todos los descendientes varo-

ro-

rones por linea masculina; y en nuestro caso no han faltado, pues el Marques es varon agnato, ni la hija està llamada a falta de solos los varones agnatos, sino aun despues de todos los cognatos, con que aun conforme a la misma *decision de Gamma*, se reconociò la prelacion del varon agnato, vt in *dic. vers. Sumus itaque*, y en el *num.* 10. *vers. Considerandum*, ibi: *Eo maximè; quos opponens, non est de descendentibus per lineam masculinam; quorum descendentes testator vocasse videtur prius, quam fœminæ, & eius descendentes masculi, ex fœminis, & ipsæ fœminæ*, y en el *num.* 8. *de la dicha decision*, se refierē otras palabras de aquel mayorazgo generales, y comprehensiuas de qualesquiera descendientes de los hijos, asi varones, como hembras. Y asi los terminos de aquella decisiō fueron totalmente diferentes de nuestro caso.

44 Y en la *decision de Cabedo*, tampoco huuo llamamiēto discretiuo de la hija posterior al de todos los varones, y solamente se fundò la duda en las palabras; *è que no sea muger*, los quales se pusieron despues de otros muchos llamamientos, que no se refieren en la decision, ni se sabe como eran, ni podian ser semejantes a los nuestros: y asi se tuuo, y sintiò, que por aquellas palabras solamente se quiso excluir la hembra de mejor linea por qualquier varon, aunque fuesse cognato, y de otra linea.

45 Y aunque por la parte contraria se haze gran ponderacion de la clausula 5. en que se dispone, que a falta de todos los descendientes del dicho Fernando Arias, asi varones como hēbras, sucediesse en el dicho mayorazgo el hijo segundo varon que tuuiessen los dichos Fundadores; De lo qual saca por argumento, que no era tāto como dezimos el amor que los Fundadores tenian a la varonia, pues por la dicha clausula prefirieron qualesquier hembras descendientes del dicho Fernando Arias al hijo varon segundo de los mismos Fundadores.

46 Este argumento, y ponderacion es de tan poca sustācia como todo lo demas, de que la parte contraria se va

le;porque el caso de que se habla en la dicha clausula 5. es diferente del nuestro, porque el Marques de Ribas no desciende de hijo segundo alguno de los Fundadores, sino del mismo Fernando Arias primer llamado, y el argumento contrario tuuiera lugar si la competencia fuera entre algun varon descendiente de hijo segundo de los Fundadores con qualquier hembra descendiente del primer llamado, pero no siendo la competencia entre varon, y hembra, descendientes entrambos del dicho Fernando Arias; y lo que se infiere de la dicha clausula 5. es, que quisieron mas los Fundadores a las hembras descendientes del dicho Fernãdo Arias, que a su mismo hijo segundo, y varones descendientes dèl, y a esto les pudo obligar el grande amor que tenian al dicho Fernando Arias, que como era nacido le tenian conocido, pero el hijo segundo, de quien hablan en dicha clausula 5. estaua por nacer, y no consta, que ni aun despues de la dicha fundacion le huuiessen tenido, porque es muy ordinario tener mas amor a los nacidos, y conocidos, que a los q̃ estan por nacer, vt per *tex. in l. qui filiabus de leg.* 1. *& in l. Titius, & in l. itẽ Prætor, ff. de suis, & legitimis hæredib. tenent*, post alios tenẽt *Soc. Sen. cõs.* 73. *n.* 26. *lib.* 4. *Neuiz. cons.* 34. *n.* 43. *Menoch. cons.* 200. *n.* 26. *& cons.* 269. *n.* 59. *& de præsump. lib.* 4. *præsumpt.* 16. *n.* 6. *Casanat. cõs.* 15. *n.* 31. *& cons.* 58. *n.* 7. & cum pluribus alijs, latè *Cast. tom.* 5. *c.* 84. *ex nu.* 40. *præcipuè, n.* 43. Y por este amor, y particular afeccion, se dexaron lleuar para preferir las hembras descendientes del dicho Fernando Arias al hijo segundo de los mismos fundadores: La qual razõ cessa entre varones, y hembras descendientes del mismo Fernando Arias, vt bene considerat *Mieres 2. p. q. 6. numer. 263. vers. Limitatur etiam.*

47 Y de la manera, que como diximos arriba num. no se excluye la congetura de agnaciõ, ò masculinidad quo ad certos gradus, & personas, aunque en el mismo mayorazgo aya llamamiento de hembras quo ad alios

gra-

gradus,& perſonas; tampoco en nueſtro caſo ſe puede dezir, que porque huuieſſen querido preferir las hẽbras deſcendientes del dicho Fernando Arias a los demas varones deſcendientes de los miſmos Fundadores, aya de proceder eſto miſmo, reſpecto de los varones deſcendiẽtes del miſmo Fernãdo Arias, quãdo tenemos volũtad euidẽte. manifeſtada con palabras expreſſas, que entre los deſcendientes del dicho Fernando Arias fueſſen preferidos qualeſquier varones a la miſma hija mayor del dicho Fernando Arias, ſin que la tal hija mayor, ni otra hembra alguna deſcendiente del dicho Fernando Arias tẽga llamamiẽto miẽtras huuieſſe varõ de qualquier linea, como fueſſe deſcẽdiente del dicho Fernãdo Arias, q̃ es el caſo claro, en que eſtamos, y aſsi no ſe puede hazer ilacion, ni argumento del caſo diuerſo, de que ſe habla en dicha clauſula 5. ex regul. *l. Papinianus exuli, ff. de minoribus cum vulgaribus.*

48 Haze la parte contraria toda via inſtancia, en que ſe declare por nula la ſentencia del Teniente de Seuilla, y en lo que parece ſe hizo reparo, fue, en que no auiendoſe introduzido ante èl mas que el juyzio poſſeſſorio, procediò a determinar tambien el petitorio.

49 Pero eſta nulidad ſe deſvanece, con que aunque al principio ſe entrò ſolamente pidiendo cada vna de las partes la poſſeſsion de los bienes, y el dicho Teniente ſe la mandò dàr à eſta parte, en virtud de requiſitoria deſpachada por el Alcalde con Ioſeph del Pueyo, y tãbien a la dicha Marqueſa, y concurrieron a vn miſmo tiempo a tomarla entrambos de las caſas de Seuilla: pero deſpues ante el dicho Teniente alegaron entrambas partes; y aunque, inſiſtiẽdo toda via en la poſſeſsiõ, alegaron tambien ſobre lo principal, diſcurriendo los Abogados de vna, y otra parte ſobre la inteligencia de las clauſulas de la fundacion; y ſe recibio la cauſa a prueua cõ termino ordinario, y extraordinario de reſtitucion, que tambien ſe pidio por la dicha Marqueſa.

Y am-

Y ambas partes hizieron sus probanças, y legitimaron sus personas de tal manera, que en esta instancia del Consejo la dicha Marquesa no auia pedido prueua, y por ocurrir a sus dilaciones la pidiò el Marques, y en el termino della no han hecho mas que lo que hizierõ en Seuilla de legitimar sus personas: y asi ante el dicho Teniente se instruyò el pleito de la misma manera, que si desde su principio se huuiera intentado el petitorio, y asi pudo proceder a determinarle; porque extante lo dispuesto *in l. 10. tit. 17. lib. 4. recop.* no es necessario que la sentencia sit conformis libello, & quomodocunque factum narretur puede el Iuez pronunciar sobre èl, aun que falte pedimiento de parte, vt bene ad nostrum propositum fundat *Gutier. pract. lib. 1. quæst. 100. & 101.* & cum alijs *Hermosilla en l. 56. tit. 5. p. 5. gloss. 7. ex numer.* 32. y tambien conduce para este proposito, quod adducit *Nogerol. allegat. 26. ex n. 333. cum pluribus sequentibus.*

50 A que se añade, que constando al Consejo de la justificacion de dicha sentencia, aunque fuera nula, la puede confirmar, *l. expræsim, ff. de apellatio. Gabriel cons. 49. n. 4. lib. 1. Alex.. cons. 111. n. 3. lib. 5 Vancio de nullit. tit. qualiter sententia n. 129. Cæsar de Grassis decis. 9. n. 13. de sentent. & re iudic. Seraph. decis. 1261. n. 3. Farin. decis. 572. n. 2. p. 2. in recent.* & cum pluribus *Paulo Granacio Theoremate 17. ex num. 1.*

51 Demas de que auiendo de ser en qualquiera acõtecimiento necessarias dos sentẽcias, de vista, y reuista en el Consejo, es de muy poca consideracion a ninguna de las partes en el estado presente, el que se tenga por valida, ò nula la sentencia del dicho Teniente: porque en lo que principalmente se insiste, es, en que el Consejo determine en fauor desta parte, como esperamos, por la notoria justicia que le asiste. Salua, &c.

El Lido Don Antonio de Castro =